



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor: João Cláudio Todorov
Vice-Reitor: Sérgio Barroso de Assis Fonseca

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Conselho Editorial

Alexandre Lima
Álvaro Tamayo Lombana
Aryon Dall Igna Rodrigues
Dourimar Nunes de Moura
Emanuel Araújo (Presidente)
Euridice Carvalho de Sardinha Ferro
Lúcio Benedito Reno Salomon
Marcel Auguste Dardenne
Sylvia Ficher
Vilma de Mendonça Figueiredo
Volnei Garrafa

NORBERTO BOBBIO

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Apresentação:
Tercio Sampaio Ferraz Júnior

Tradução:
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Prof. associada da Faculdade de Direito da USP

Revisão Técnica:
Claudio De Cicco
Prof. associado da Faculdade de Direito da USP

6ª edição



A Editora Universidade de Brasília, instituída pela Lei nº 3.998, de 15 de dezembro de 1961, tem como objetivo "editar obras científicas, técnicas e culturais, de nível universitário".

CAPÍTULO 2

A unidade do ordenamento jurídico

1. *Fontes reconhecidas e fontes delegadas*

A hipótese de um ordenamento com uma ou duas normas, proposta no capítulo anterior, é puramente acadêmica. Na realidade os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar. Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico italiano? [ou brasileiro?] Ninguém sabe. Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social.

A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de geralmente essas normas não derivarem de uma única *fonte*. Podemos distinguir os ordenamentos jurídicos em *simples* e *complexos*, conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma. Os ordenamentos jurídicos, que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos.

A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o *legislador* que coloca as normas e os *súditos* que as recebem, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complicada. Também um ordenamento restrito, pouco institucionalizado, que recobre um grupo social de poucos membros, como a

família, é geralmente um ordenamento complexo: nem sempre a única fonte das regras de conduta dos membros do grupo é a autoridade paterna; às vezes o pai recebe regras já formuladas pelos antepassados, pela tradição familiar ou pela recorrência a outros grupos familiares; às vezes delega uma parte (maior ou menor conforme as várias civilizações) do poder normativo à esposa, ou ao filho mais velho. Nem mesmo em uma concepção teológica do universo as leis que regem o cosmos são derivadas todas de Deus, ou seja, são leis divinas; em alguns casos Deus delegou aos homens produzir leis para regular a sua conduta, quer através dos ditames da razão (Direito natural), quer através da vontade dos superiores (Direito positivo).

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. Para vir ao encontro dessa exigência, o poder supremo recorre geralmente a dois expedientes:

- 1) A *recepção* de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes.
- 2) A *delegação* do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.

Por essas razões, em cada ordenamento, ao lado da fonte direta temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: *fontes reconhecidas* e *fontes delegadas*. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva portanto da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes.

Típico exemplo de *recepção*, e, portanto, de *fonte*

reconhecida, é o *costume* nos ordenamentos estatais modernos, onde a fonte direta e superior é a Lei. Quando o legislador se atém expressamente ao costume numa situação particular ou se atém expressamente ou tacitamente ao costume nas matérias não-reguladas pela Lei (é o caso do assim chamado *consuetudo praeter legem*, ou seja, do costume além da lei), ele acolhe normas jurídicas já feitas, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco com um conjunto, que pode ser também considerável, de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez em tempos anteriores à própria constituição do ordenamento estatal.

Naturalmente, pode-se pensar também em lançar mão do costume como uma autorização aos cidadãos para produzir normas jurídicas através do seu próprio comportamento uniforme, quer dizer, considerar também o costume entre as fontes delegadas, atribuindo-se aos usuários a qualificação de órgãos estatais autorizados a produzir normas jurídicas com seu comportamento uniforme.

Entretanto, parece-me uma construção, embora enigmática, um pouco artificial, que não leva em conta uma diferença: na recepção o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito; na delegação, manda fazê-lo, ordenando uma produção futura. O costume assemelha-se mais a um produto natural; o regulamento, o decreto administrativo, a sentença do magistrado parecem mais um produto artificial. Fala-se de poder regulamentar, de poder de negociar, para indicar o poder normativo atribuído aos órgãos executivos ou aos privados. Pareceria impróprio, ao invés, falar de um poder de produção de normas consuetudinárias, que, entre outras coisas, não se saberia nem sequer a quem atribuir.

Típico exemplo de fonte delegada é o *regulamento* com relação à Lei. Os regulamentos são, como as leis,

normas gerais e abstratas, mas, à diferença das leis, a sua produção é confiada geralmente ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é a de integrar leis muito genéricas, que contém somente diretrizes de princípio e não poderiam ser aplicadas sem serem ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contém somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las executíveis. A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, as quais podem às vezes ser consideradas como os regulamentos executivos das diretrizes de princípio contidas na Constituição. Conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.

Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado *poder de negociação*. O enquadramento dessa fonte na classe das fontes reconhecidas ou na das fontes delegadas é menos nítido. Se se coloca em destaque a *autonomia privada*, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e se considerarmos os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado. Se, ao invés, colocamos o acento no poder de negociação como poder delegado pelo Estado aos particulares para regular os próprios

interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como uma fonte delegada. Trata-se, em outras palavras, de decidir se a autonomia privada deve ser considerada como um resíduo de um poder normativo natural ou privado, antecedente ao Estado, ou como um produto do poder originário do Estado.

2. Tipos de fontes e formação histórica do ordenamento

Essa última questão nos mostra que o problema da distinção entre fontes reconhecidas e fontes delegadas é um problema cuja solução depende também da concepção geral que se assume em relação à formação e à estrutura de um ordenamento jurídico.

Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento. Chamamos esse poder originário de *fonte das fontes*. Se todas as normas derivassem diretamente do poder originário, encontrar-nos-íamos frente a um ordenamento simples. Na realidade não é assim. A complexidade do ordenamento, ou seja, o fato de que num ordenamento real as normas afluem através de diversos canais, depende historicamente de duas razões fundamentais:

- 1) Um ordenamento não nasce num deserto; deixando de lado a metáfora, a sociedade civil sobre a qual se forma um ordenamento jurídico, como é, por exemplo, o do Estado, não é uma sociedade natural, completamente privada de leis, mas uma sociedade na qual vigem normas de vários gêneros, morais, sociais, religiosas, usuais,

consuetudinárias, regras convencionais e assim por diante. O novo ordenamento que surge não elimina nunca completamente as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras vêm a fazer parte, através de um reconhecimento expreso ou tácito, do novo ordenamento, o qual, deste modo, surge limitado pelos ordenamentos precedentes. Quando falamos de poder originário, entendemos originário juridicamente, não historicamente. Podemos falar então de um *limite externo* do poder soberano.

2) O poder originário, uma vez constituído, cria ele mesmo, para satisfazer a necessidade de uma normatização sempre atualizada, novas centrais de produção jurídica, atribuindo a órgãos executivos o poder de estabelecer normas integradoras subordinadas às legislativas (os regulamentos); a entidades territoriais autônomas o poder de estabelecer normas adaptadas às necessidades locais (o poder normativo das regiões, das províncias, dos municípios); a cidadãos particulares o poder de regular os próprios deveres através de negócios jurídicos (o poder de negociação). A multiplicação das fontes não deriva aqui, como nos casos considerados no item 1, de uma limitação proveniente do exterior, quer dizer, do choque com uma realidade normativa pré-constituída, à qual também o poder soberano deve prestar contas, mas de uma *autolimitação do poder soberano*, o qual subtrai a si próprio uma parte do poder normativo para dá-lo a outros órgãos ou entidades, de alguma forma dele dependentes. Pode-se falar neste caso de *limite interno* do poder normativo originário.

É interessante observar como esse duplo processo de formação de um ordenamento, através da absorção de um direito preexistente e da criação de um direito novo, e a consequente problemática da limitação externa e da limitação interna do poder originário, é refletido fielmente nas duas principais concepções com as quais os jusnaturalistas

listas explicaram a passagem do estado natural ao estado civil.

A chamada que faço frequentemente para as teorias jusnaturalistas vem do fato de que as considero como modelos racionais, úteis à formulação de teorias simples sobre problemas mais gerais do Direito e do Estado.

Segundo o pensamento jusnaturalista, o poder civil originário forma-se a partir de um estado de natureza através de procedimento característico do *contrato social*.

Mas existem duas maneiras de conceber esse contrato social. Como primeira hipótese, que podemos chamar de hobbesiana, aqueles que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado natural, e o poder civil nasce sem limites: qualquer limitação futura será uma autolimitação.

Como segunda hipótese, que podemos chamar lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de assegurar melhor o gozo dos direitos naturais (como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente.

Na primeira hipótese o Direito natural desaparece completamente ao dar vida ao Direito positivo; na segunda, o Direito positivo é o instrumento para a completa atuação do preexistente Direito natural.

Ainda: na primeira teoria a soberania civil nasce absoluta, quer dizer, sem limites. Os juristas positivistas que aceitam essa hipótese serão constringidos a falar de *autolimitação* do Estado para dar uma explicação do fato de que também, num ordenamento centralizado e que se proclama originário, como o Estado moderno, existem poderes normativos descentralizados ou suplementares, ou zonas de liberdade, em que esbarra o poder normativo do Estado.

Na segunda teoria, ao contrário, a soberania nasce já limitada, porque o Direito natural originário não é com-

pletamente suplantado pelo novo Direito positivo, mas conserva em parte a sua eficácia no interior do mesmo ordenamento positivo, como direito aceito.

Nessas duas hipóteses vêem-se claramente representados e racionalizados os dois processos de formação de um ordenamento jurídico e a estrutura complexa que deles deriva.

De um lado, o ordenamento positivo é concebido como tábula rasa de todo o direito preexistente, representado aqui por aquele direito que vige no estado natural; de outro, é concebido como emergente de um estado jurídico mais antigo que continua a subsistir.

No primeiro caso cada limite do poder soberano é autolimitação; no segundo existem limites originários e externos.

Ao falarmos de uma complexidade do ordenamento jurídico, derivada da presença de fontes reconhecidas e de fontes delegadas, acolhemos e reunimos numa teoria unitária do ordenamento jurídico seja a hipótese dos limites externos, seja a hipótese dos limites internos.

Exemplificando, a aceitação de uma normatização consuetudinária corresponde à hipótese de um ordenamento que nasce limitado; a atribuição de um poder regulamentar corresponde à hipótese de um ordenamento que se autolimita.

Quanto ao poder de negociação, ele pode ser explicado com ambas as hipóteses, ora como uma espécie de direito do estado natural (a identificação entre Direito natural e Direito privado se encontra, por exemplo, em Kant) que o Estado reconhece, ora como uma delegação do Estado aos cidadãos.

3. As fontes do Direito

Distinguímos nos dois parágrafos anteriores fontes originárias e fontes derivadas; dividimos depois as fontes derivadas em fontes reconhecidas e fontes delegadas; falamos de uma *fonte das fontes*. Mas não dissemos ainda o que se entende por "fonte".

Podemos aceitar, neste momento, uma definição que já se tornou comum: "fontes do direito" são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes. Não é por acaso que o artigo 1º das nossas "Disposições Gerais" é constituído pela relação das fontes do ordenamento jurídico italiano vigente. O que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes de direito), reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*.

Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa.

Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.

Consideremos um ordenamento elementar como o familiar.

Se o concebermos como um ordenamento simples, isto é, como o ordenamento no qual só existe uma fonte de produção normativa, não existirá senão uma regra sobre a produção jurídica, a qual pode ser formulada deste modo: "O pai tem a autoridade de regular a vida da família".

Mas admitamos que o pai renuncie a regular diretamente um setor da vida familiar, como o da vida escolar dos filhos, e confie à mãe o poder de regulá-lo. Teremos nesse ordenamento uma segunda norma sobre a produção jurídica que poderá ser formulada assim: "A mãe tem autoridade, atribuída pelo pai, de regular a vida escolar dos filhos".

Como se vê, essa norma não diz nada sobre o modo como os filhos devem cumprir suas obrigações escolares; diz simplesmente a quem cabe estabelecer estes deveres, isto é, faz existir uma fonte de direito.

Tomemos agora um ordenamento estatal moderno. Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas. Começemos pela Constituição. Numa Constituição, como a italiana, há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo, e, portanto, não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas.

Quanto às leis ordinárias, também elas não são todas diretamente dirigidas aos cidadãos; muitas, como as leis penais e grande parte das leis de processo, têm a finalidade

de de oferecer aos juízes instruções sobre o modo através do qual eles devem produzir as normas individuais e concretas que são as sentenças; não são normas de conduta, mas normas para a produção de outras normas.

Basta-nos ter chamado a atenção sobre esta categoria de *normas para a produção de outras normas*: é a presença e frequência dessas normas que constituem a complexidade do ordenamento jurídico; e somente o estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza e a importância dessas normas. Do ponto de vista formal, a teoria da norma jurídica havia parado na consideração das normas como imperativos, entendendo por imperativo a ordem de fazer ou de não fazer.

Se levarmos em consideração também as normas para a produção de outras normas, devemos colocar, ao lado das imperativas, entendidas como comandos de fazer ou de não fazer, e que poderemos chamar *imperativas de primeira instância*, as *imperativas de segunda instância*, entendidas como comandos de comandar, etc.

Somente a consideração do ordenamento no seu conjunto nos permite aceitar a presença dessas normas de segunda instância.

A classificação desse tipo de normas é muito mais complexa que a classificação das normas de primeira instância, para as quais havíamos falado de "tripartição" clássica em normas *imperativas*, *proibitivas* e *permissivas*. Podem-se distinguir nove tipos:

- 1) Normas que *mandam ordenar* (por exemplo: art. 34, § 2.º da Constituição, onde o constituinte ordena ao legislador ordinário formular leis que tornem obrigatória a instrução)
- 2) Normas que *proíbem ordenar* (art. 27, § 4.º da Constituição, onde se proíbe ao legislador impor a pena de morte).

3) Normas que *permitem ordenar* (em todos os casos em que o constituinte entende não dever intervir a ditar normas sobre certas matérias, pode-se dizer que isso permite ao legislador ordenar. Por exemplo, o art. 32, § 2º da Constituição, permite ao legislador ordinário estabelecer normas relativas ao tratamento sanitário).

4) Normas que *mandam proibir* (art. 18, § 2º da Constituição: o constituinte impõe ao legislador ordinário emanar normas proibitivas contra as associações secretas).

5) Normas que *proíbem proibir* (art. 22 da Constituição: ninguém pode ser privado por motivos políticos da capacidade jurídica, da cidadania, do nome).

6) Normas que *permitem proibir* (a propósito do art. 40 da Constituição, que sanciona a liberdade de greve, pode-se observar que nem nele nem em outro se fala em liberdade de suspensão do trabalho; essa lacuna poderia ser interpretada como se o constituinte tivesse desejado deixar ao legislador ordinário a faculdade de proibi-la).

7) Normas que *mandam permitir* (este caso coincide com o do número cinco).

8) Normas que *proíbem permitir* (este caso coincide com o do número quatro).

9) Normas que *permitem permitir* (como a permisão é a negação de uma proibição, este é o caso de uma lei constitucional que negue a proibição de uma lei constitucional anterior).

4. Construção escalonada do ordenamento

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos a atenção até agora, não exclui sua *unidade*. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário. Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que to-

das as normas nascerem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado "ordenamento".

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*.

A relevância dessa ordem hierárquica será destacada no capítulo seguinte, quando falarmos das antinomias e da maneira de resolvê-las. Aqui nos limitamos a constatar a e ilustrá-la. Consideremos qualquer ato com o qual Fulano

executa a obrigação contraída com Sicrano e chamemo-lo de *ato executivo*. Esse ato executivo é o cumprimento de uma regra de conduta derivada do contrato. Por sua vez o contrato é executado em cumprimento às normas legislativas que disciplinam os contratos. Quanto às normas legislativas, foram formuladas segundo as regras estabelecidas pelas leis constitucionais para a formulação das leis. Paremos aqui.

O ato executivo, de que falamos, está ligado, ainda que mediatamente, às normas constitucionais, que são produtoras, em diversos níveis, das normas inferiores. Esse ato executivo pertence a um sistema normativo dado, na medida em que, de norma em norma, ele pode ter sua referência última nas normas constitucionais. O cabo recebe ordem do sargento, o sargento do tenente, o tenente do capitão até o general, e mais ainda: num exercício fala-se de unidade do comando porque a ordem do cabo pode ter origem no general. O exército é um exemplo de estrutura hierárquica. Assim é o ordenamento jurídico.

Chamamos de *ato executivo* o ato de alguém que executa um contrato, assim como chamamos de *produtoras* das normas inferiores as normas constitucionais. Se observarmos melhor a estrutura hierárquica do ordenamento, perceberemos que os termos *execução* e *produção* são relativos. Podemos dizer que, como Fulano *executa* o contrato, assim Fulano e Sicrano, estipulando o contrato, *executam* as normas sobre os contratos, e os órgãos legislativos, estabelecendo as leis sobre os contratos, *executam* a Constituição. Por outro lado, se é verdade que as normas constitucionais *produzem* as leis ordinárias, é também verdade que as leis ordinárias *produzem* as normas sobre os contratos, e aqueles que estipulam um contrato *produzem* o ato executivo de Fulano. Numa estrutura hierárquica, como a do ordenamento jurídico, os termos "execução" e "produção" são relativos, porque a mesma nor-

ma pode ser considerada, ao mesmo tempo, *executiva* e *produtiva*. Executiva com respeito à norma superior, produtiva com respeito à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comandamentos a eles conformes. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva. Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma *pirâmide*, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se a olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*. Nos graus intermediários, estão juntas a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos).

Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também em duas outras noções características da linguagem jurídica: *poder* e *dever*. Enquanto a produção jurídica é a expressão de um *poder* (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um *dever*. Uma norma que atribui a uma pessoa ou órgão o poder de estabelecer normas jurídicas atribui ao mesmo tempo a outras pessoas o dever de obedecer. Poder e dever são dois conceitos correlatos; um não pode ficar sem o outro. Chama-se poder, numa das suas mais importantes acepções, a capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou aquela pessoa de colocar em prática obrigações em rela-

ção a outras pessoas; chama-se obrigação a atitude a que é submetido aquele que está sujeito ao poder. Não há obrigação em um sujeito sem que haja um poder em outro sujeito. Às vezes pode haver poder sem nenhuma obrigação correspondente: trata-se do caso em que ao poder não corresponde uma obrigação, mas uma sujeição (os chamados direitos potestativos). De qualquer modo, poder e obrigação são os dois termos correlativos da relação jurídica, a qual pode ser definida como a relação entre o poder de um sujeito e o dever de outro sujeito. (Para indicar o correlativo da obrigação preferimos a palavra "poder" à palavra, mais usada, "direito", porque esta última, no sentido de direito subjetivo, tem muitos significados e é uma das maiores fontes de confusão nas controvérsias entre os teóricos do Direito. "Direito" significa também "faculdade", "permissão", "lícito", no sentido de comportamento *oposto* à obrigação: a permissão como negação da obrigação. Quando, ao invés, se usa "direito" por "poder", direito não é a negação do dever, mas o termo correlativo de dever numa relação intersubjetiva.) Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, do momento em que poder e obrigação são dois termos correlativos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação, e assim por diante; se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem: a obrigação do indivíduo de cumprir a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição. Uma última observação sobre a estrutura hierárquica do ordenamento: embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides têm o mesmo número de andares. Há ordenamentos nos quais não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias:

são aqueles ordenamentos nos quais o poder legislativo pode formular, através do mesmo procedimento, leis ordinárias e leis constitucionais; e, conseqüentemente, não existe uma obrigação do legislador ordinário em executar as prescrições contidas nas leis constitucionais. Pode-se imaginar até um ordenamento no qual seja abolido também o plano das leis ordinárias: seria um ordenamento no qual a Constituição atribuisse diretamente aos órgãos judiciais o poder de estabelecer as normas jurídicas necessárias, caso por caso. Num sistema jurídico inspirado numa ideologia coletivista, onde é abolida toda forma de propriedade privada, é eliminado o plano normativo constituído pelo poder de negociação. Mas não existem somente exemplos de ordenamentos com um número de planos normativos menor que o normal. Não é difícil apresentar um exemplo de ordenamentos com um plano a mais: são os estados federais, nos quais, além do Poder Legislativo do Estado federal, há também um Poder Legislativo, a ele subordinado, dos estados-membros.

5. *Limites materiais e limites formais*

Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional.

À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes:

- a) relativos ao conteúdo;
- b) relativos à forma.

Por isso fala-se de limites *materiais* e de limites *formais*.

O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do inferior, observaremos que ele recebe um poder limitado, seja com relação a *quem* pode mandar ou proibir, seja com relação a *como* se pode mandar ou proibir.

Os dois limites podem ser impostos contemporaneamente; mas em alguns casos pode haver um sem o outro.

A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema.

Na passagem de norma constitucional a norma ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os formais.

Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, por exemplo, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, lhe proíbe de estabelecer normas que tenham como conteúdo a restrição ou a supressão da liberdade religiosa.

Os limites de conteúdo podem ser *positivos* ou *negativos*, conforme a constituição imponha ao legislador ordinário estabelecer normas numa determinada matéria

(ordem de mandar) ou lhe proíba estabelecer normas numa determinada matéria (proibição de mandar ou ordem de permitir).

Quando uma Constituição determina que o Estado deve providenciar a instrução até uma certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao invés, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe emanar leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade.

Quanto aos limites formais, são constituídos por todas aquelas normas da Constituição que prescrevem o modo de funcionamento dos órgãos legislativos: normas que incluem no seu conjunto uma parte considerável de uma Constituição. Enquanto os limites formais geralmente nunca faltam, podem faltar, nas relações entre Constituição e lei ordinária, os limites materiais: isso se verifica nos ordenamentos em que não existe uma diferença de grau entre leis constitucionais e leis ordinárias (as chamadas Constituições flexíveis).

Nesses ordenamentos o legislador ordinário pode legislar em qualquer matéria e em qualquer direção; numa Constituição tipicamente flexível como a inglesa, diz-se que o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar o homem em mulher (que, como ação impossível, é por si só excluída da esfera das ações reguláveis).

Se agora observarmos a passagem da lei ordinária para a decisão judiciária, entendida como regra do caso concreto, encontraremos, na maior parte das legislações, ambos os limites.

As leis relativas ao *direito substancial* podem ser consideradas, sob um certo ângulo visual (desde que compreendidas como regras dirigidas aos juízes e não aos cidadãos), como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz. Em outras palavras, a presença das leis de direito substancial faz com que o juiz, ao decidir uma controvérsia, procure

encontrar uma solução dentro do que as leis ordinárias estabelecem.

Quando se diz que o juiz *deve* aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, tal como uma lei ordinária não-conforme à Constituição.

As leis relativas ao *procedimento* constituem, ao contrário, os limites formais da atividade do juiz; isso quer dizer que o juiz está autorizado a estabelecer normas jurídicas no caso concreto, mas deve estabelecê-las segundo um ritual em grande parte estabelecido pela Lei.

Em geral os vínculos do juiz com respeito à Lei são maiores que aqueles existentes para o legislador ordinário com respeito à Constituição.

Enquanto na passagem da Constituição para a lei ordinária vimos que se pode verificar o caso de falta de limites materiais, na passagem da lei ordinária para a decisão do juiz é difícil que se verifique esta falha na realidade: devíamos formular a hipótese de um ordenamento no qual a Constituição estabelecesse que em cada caso o juiz deveria julgar segundo a equidade.

Chamam-se "juízos de equidade" aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida.

O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores.

Em nossos ordenamentos, esse tipo de autorização é muito raro. Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, o juízo de equidade é também sempre excepcional: se os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras fontes

superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário.

Na passagem da lei ordinária para o negócio jurídico, isto é, para a esfera da autonomia privada, prevalecem claramente os limites formais sobre os limites materiais.

As normas relativas aos contratos são geralmente regras destinadas a determinar o modo pelo qual o poder de negociação deve ser exercido para produzir consequências jurídicas, e não a matéria sobre a qual este deva ser exercido.

Pode-se formular o princípio geral segundo o qual, com respeito à autonomia privada, ao legislador ordinário não interessam tanto as matérias nas quais possa interferir quanto as formas pelas quais deve fazê-lo.

Do ponto de vista da teoria geral, isso levou à conclusão, por uma extrapolação ilícita, de que ao Direito não interessa tanto aquilo que os homens fazem, mas de que maneira o fazem; ou que o Direito não prescreve aquilo que os homens têm que fazer, mas a maneira, isto é, a forma da ação; em suma, que o Direito é uma regra formal da conduta humana.

Uma tese desse gênero só tem uma aparência de verdade quando se refere à relação entre Lei e autonomia privada. Mas mesmo desse ponto de vista restrito não tem nenhum fundamento. Tome-se, por exemplo, o poder atribuído ao indivíduo de dispor dos próprios bens mediante testamento. Não há dúvida de que a Lei, por uma atitude de respeito à vontade pessoal, prescreve, embora de modo sucinto, as formalidades com as quais um testamento deve ser redigido a fim de que possa ser considerado válido.

Mas pode-se dizer que a Lei renuncie completamente a dar regras relativas ao conteúdo?

Como a legislação estabelece qual a cota do patrimônio da qual o testador não pode dispor (a chamada "legíti-

ma''), eis que nos defrontamos com limites não apenas formais, mas de conteúdo, isto é, limites que restringem o poder do testador não só com respeito ao *como* mas também ao *quê*.

6. A norma fundamental

No parágrafo quarto, procedendo das normas inferiores para as superiores, paramos nas normas constitucionais.

Será que as normas constitucionais são as últimas, além das quais não se pode ir?

Por outro lado, aqui e acolá, tivemos ocasião de falar de uma norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. Será que as normas constitucionais são a norma fundamental?

Para fecharmos o sistema, devemos dar agora um passo além das normas constitucionais.

Partamos da consideração de que toda norma pressupõe um poder normativo: *norma* significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc.); onde há obrigação, como já vimos, há poder.

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico.

Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas:

essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Poder de ser formulada da seguinte maneira: "O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade", ou: "A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte"

Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Todas as polémicas sobre a norma fundamental resultam da não compreensão de sua função.

Posto um ordenamento de normas de diversas precedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.

Tendo definido todo o poder jurídico como produto de uma norma jurídica, podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico, mas somente se o consideramos também como produto de uma norma jurídica. A nor-